

对完善我国外汇管理法律制度的若干构想

邱永红, 秦伟宏

(厦门大学 法律系国际经济法研究生, 福建 厦门 361005)

摘要: 外汇管理法律制度是一国或地区所实施的外汇管制政策在法律上的体现。我国自改革开放以来, 为维护国际收支的平衡和汇率的稳定, 相继制定了一系列外汇管理方面的行政法规和部门规章, 初步形成了外汇管理法律制度的基本框架。但我国当前的外汇管理法律制度还存在着诸多的缺失与不足, 因此, 如何进一步改进和完善我国的外汇管理法律制度, 已成为摆在我国立法机关和外汇主管部门面前的一项紧迫任务。

关键词: 外汇管理; 法律制度; 构想

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1001-5744(1999)01-0032-04

一 我国当前外汇管理立法概览

近年来, 我国外汇管理体制发生了巨大的变化, 为把外汇体制改革的要求以法律的形式确定下来, 我国有关机关和部门进行了大量的立法活动, 制定颁行了以 1996 年 4 月 1 日实施的《外汇管理条例》为龙头的一系列外汇管理方面的行政法规和部门规章, 对我国对外经济交往中的外汇活动进行了较为全面的规范。

(一) 资本项目外汇管理方面的立法

《外汇管理条例》除了对外国直接投资兴办企业过程中外汇资金的入境及出境进行管理外, 还对资本在我国境内流动过程中的其他方面进行管理, 这主要涉及境内中资机构和外资机构借用外国贷款、发行外汇证券, 以及境外投资的外汇管理作了原则规定。此外, 中国人民银行和国家外汇管理局还颁布了一系列的规章加以补充完善。这些部门规章主要有 1987 年 8 月发布的《外债统计监测暂行规定》、1989 年 11 月公布的《外汇(转)贷款登记管理办法》和《外债登记实施细则》、1989 年 3 月发布的《境外投资外汇管理办法》、1990 年公布的《境外投资外汇管理办法实施细则》、1994 年 4 月发布的《关于新体制下完善外债(汇)贷款管理的通知》、1995 年 9 月发布的《关于〈境外投资外汇管理办法〉的补充通知》、1996 年 2 月发布的《关于进一步加强外债统计监测的通知》、1996 年 7 月公布的《资本项目外汇收入结汇暂行办法》、1998 年 1 月 1 日开始实施的《境内机构借用国际商业贷款管理办法》和《境内机构发行外币债券管理办法》。上述管理法规、规章的陆续颁行, 使我国资本项目的外汇管理开始逐步走向制度化、法律化、程序化和规范化。

(二) 外商投资企业外汇管理方面的立法

我国 1980 年的《外汇管理暂行条例》曾设第五章对“侨资企业、外资企业、中外合资企业及人员”的外汇管理作了专门规定。但随着我国改革开放向纵深方向发展, 该条例规定日显过时。因此, 1996 年 6 月 20 日, 中国人民银行发布了《关于对外商投资企业实行银行结售汇的公告》和修订颁布了新的《结汇、售汇及付汇管理规定》, 将外商投资企业也纳入了银行结售汇体系。规定从 1996 年 7 月 1 日起, 外商投资企业按经常项目和资本项目的外汇收入来源区分开立外汇账户, 并经当地外汇管理机关核定外汇结算账户的最高限额后, 即可到外汇指定银行办理结售汇。同时, 我国自 1996 年 4 月 1 日开始实施的新的《外汇管理条例》的相关条款、国家外汇管理局 1989 年 3 月发布的《外商投资企业中方投资者的外汇管理规定》、1989 年 10 月发布的《外商投资企业境内外汇账户管理办法》、1993 年 6 月发布的《外商投资企业出口收汇核销管理规定》、1995 年 1 月发布的《外商投资企业外汇年检暂行规定》、1998 年 1 月 1 日实施的《境外外汇账户管理规定》等法规对外商投资企业的外汇管理也作了具体规定。从上述法规、规章的规定来看, 我国现行对外商投资企业的外汇管理制度主要为: 外商投资企业已被包括在“境内机构”范围内, 但与中资企业相比, 仍享有一定的优惠。

(三) 境内机构和个人外汇管理方面的立法

除《外汇管理条例》外, 中国人民银行自 1994 年 3 月以来陆续发布了一系列有关改革外汇管理体制的规定, 如《进一步改革外汇管理体制的公告》、《外汇账户管理办法》、《结汇、售汇及付汇管理规定》, 财政部和国家外汇管理局也相应制定了《非贸易性非经营性外汇财务管理暂行规定》等配套规章。上述

部门规章的颁行,为境内机构的外汇管理提供了较充分的法律依据。对个人的外汇管理也是我国外汇管理法律制度中的一项重要内容。《外汇管理条例》这方面的内容主要订在第二章内,现行的主要部门规章则为国家外汇管理局于1996年5月13日颁布的《境内居民因私兑换外汇办法》、《境内居民外汇存款汇出境外的规定》和国家外汇管理局、海关总署于1997年1月8日联合发布的《关于对携带外汇进出境管理的规定》。

(四)金融机构外汇管理方面的立法

目前,我国对金融机构经营外汇业务进行监管的法规主要有《外汇管理条例》、《银行外汇业务管理规定》、《非银行金融机构外汇业务管理规定》、《外资金融机构管理条例》、《境外金融机构管理暂行办法》等。除此之外,涉及金融机构外汇业务管理的法律、法规还有《中国人民银行法》、《商业银行法》、《关于金融机构办理自营外汇买卖业务的管理规定》、《金融机构代客户办理即期和远期外汇买卖的管理规定》等。上述法律法规的颁行,较为有效地规范了中资外汇指定银行、中资非银行金融机构、外资金融机构、境外金融机构的外汇业务。

(五)进出口收付汇核销管理方面的立法

对进出口收付汇实行跟踪核销管理一直是我国外汇管理的重要内容,有关机关和主管部门为此颁布了一系列的法规规章。1996年4月1日实施的新《外汇管理条例》第11条明确规定,境内机构的出口收汇和进口付汇,应当按照国家关于出口收汇核销管理和进口付汇核销管理的规定办理核销手续。此外,国家外汇管理局陆续发布实施的《出口收汇核销管理办法》、《出口收汇核销管理办法实施细则》、《违反出口收汇核销管理处罚规定》、《进口付汇核销管理暂行办法》、《关于严格进口付汇核销管理的暂行规定》、《关于出口收汇核销管理中有关问题的通知》则对境内机构的进出口收付汇核销管理作了具体细微的规范。

二 我国现行外汇管理法律制度缺失评析

从上述可知,经过十几年的发展,我国已初步形成了外汇管理法律制度的基本框架,且已在对外经济交往中发挥了较好的规范作用。但从逐步建立社会主义市场经济体制和我国加入世贸组织(WTO)的前景以及与日本、韩国等周边国家的外汇管理法律制度相比,我国的外汇管理法律制度尚存在着诸多缺失与不足。

(一)外汇管理法规层级较低,配套性法律法规不健全

从外汇管理法律制度比较成熟的国家来看,它们一般都先由立法机关制定一部基本性的外汇管理法,然后以此为基础,公布实施大量的行政法规和规章制度,以使其基础性法律的原则规定得以落实。如韩国早在1961年立法机关即颁行了《外汇管理法》,对该国有关管汇的问题都作了原则性规定,并且有一定的前瞻性。在这部法律的基础上,为便于其实施,韩国又相继颁布了《外汇管理施行令》、《外汇管理规定》、《外汇管理业务处理程序》等行政法规和部门规章,使韩国外汇管理法律成为一个由法律、法规和规章三部分构成,条文依次增加、内容逐步详尽的较为完备、权威的体系。而我国则不同,我国外汇管理法规从一开始就以国家行政管理机关(包括国务院、中国人民银行、国家外汇管理局)制定行政法规和部门规章的形式公诸于世,而不像日、韩等国那样以国家立法机关通过法律的形式出现,这就使得这些法规规章的层级较为低下,地位不同于国家的法律,权威性大打折扣,使用起来也是非常不便。此外,根据日、韩等国的经验,外汇管理法律作为一国涉外经济法的重要组成部分,它要在一国(或地区)政府宏观调控经济的活动中真正发挥作用,不仅要求其本身的规定比较完备,而且还有赖于其他相关配套法律法规的完善。但就我国而言,不仅缺乏一部内容完整效力较高的《外汇管理法》,而且与外汇管理法律相配套的法律法规也很不健全,如《外汇担保法》、《外汇银行法》、《境外投资法》、《外汇债券法》、《涉外债券法》、《证券法》、《投资基金法》等与外汇管理相关的法律法规至今都是空缺,这就严重制约和影响了我国外汇管理法规本身的规定得到有效实施。

(二)外汇管理法规内容不甚完备,可操作性不强

其主要表现有以下几个方面:一是外汇管理的范围未能覆盖外汇业务的全部。如在保险公司的外汇业务、金融机构经营B股业务、离岸业务等方面的监管缺乏法律依据;同时,关于外汇指定银行外汇贷款、外汇同业拆借市场和境外外汇资产如何管理,现有法规也未有明确具体的规定。二是我国的外汇管理法规虽不同程度地订有定义条款,但这些条款或者没有成系统化推出,或者未对法规的规定所涉及到的相应法律关系的主体和客体的内涵和外延都作出明确的规定,从而使有关规定的使用容易发生偏差。三是有的法律条文语言模糊,规定不具体,可操作性差,导致某些外汇业务是否违规不易界定,有些违规的业务在监管或处罚时找不到法律依据。如《进口付汇核销管理暂行办法》总共19条规定中,对

外汇指定银行规定了一些义务,但如果银行没有履行这些义务,却没有相应的罚则,只有第16条笼统地规定:“外汇指定银行必须严格执行本办法规定,不得拖延和放松进口付汇核销工作。”在没有罚则的前提下,这一规定是毫无意义和可操作价值的。

(三)外汇管理法规的部分规定相对滞后,前瞻性规定匮乏

在日、韩等外汇管理法律制度比较完善的国家,其已有的外汇管理法律法规,尤其是框架性原则规定部分,通常都具有一定的超前性,这类前瞻性规定,开始时可能相当笼统,一旦条件成熟,就及时加以细化。这种在规定的实施步骤上的“时间差”,便于实施部门做好相应的准备。而在我国,虽然目前外汇管理法规、规章的数量在日益增多,但大多是“头痛医头、脚痛医脚”的应急之作,不仅前瞻性规定匮乏,而且某些规定还具有一定的滞后性。例如,我国现行的结售汇制带有极大的强制性,尽管中国人民银行1997年10月15日发布的《关于允许中资企业保留一定限额外汇收入的公告》规定部分中资企业从即日起可以开立外汇账户,保留一定限额的经常外汇收入,但对其适用对象加以严格的限制,致使我国的结售汇制事实上只能是部分的意愿结售汇制。但是,从实际运行来看,这种制度设计在客观上抑制了市场机制的双向运转,形成了外汇供给持续过剩的买方市场和我国外汇储备持续攀升的局面,增大了企业的外汇风险,因此,推行意愿结汇制,必将成为下一步外汇体制改革发展的一个重要步骤。又如,我国现行外汇管理法规基本上不允许人民币与外币的远期外汇交易,我国外汇市场主要还是现货市场,期汇市场远未形成。如此,面对现行管理浮动汇率的日常变动所带来的外汇风险,进出口企业,甚至外汇银行也束手无策。这种法律上的禁区,不仅妨碍了自负盈亏企业经济效益的提高,而且有害于现代企业制度的推广与完善。再如,中央银行利用外汇平准基金调控外汇市场的做法已成为各国金融管理和宏观调控政策的重要内容,并从法律上加以规定。我国目前在外汇交易中心也设立了中央银行公开市场业务场所,并适时干预汇市,但对这种干预活动并未从法律的角度加以确认和规范。

(四)对资本项目的管理与国际惯例还存在着较大的差距

1996年12月1日,我国实现了人民币经常项目下的自由兑换,并在向人民币完全自由兑换迈进。但墨西哥金融危机和东南亚金融风暴的惨重教训告诫我们,我国货币可兑换性改革必须分阶段实施,即首先实现经常项目的可兑换,同时完善资本项目的

管理,最终走向货币的完全可兑换。完善资本项目的管理主要是要与国际惯例接轨。而当前我国对资本项目的管理与国际惯例还存在较大差距。首先,我国现行与资本项目有关的管理法规中,若干概念与国际通行概念不统一,若干交易的类别划分也与国际标准不一致。例如:有关国际商业贷款的概念在我国法规中不仅包括境外外资银行对我国境内企业发放的商业贷款,还包括境外发行的除股票以外的所有证券等信用工具。又如,我国资本项目管理框架没有依据信用工具的特性区分为金融衍生工具、商业信用和金融类信贷交易等的不同。其次,在管理范围上,我国目前资本项目管理的范围主要集中在对资本流入的管理,对资本流出的管理尚有不足。对资本流出的管理仅限于投资风险审查和外汇资金来源审查以及对投资主体资格的事前审查,缺乏债权管理。再次,在管理手段上,主要以事前行政审批为主,依靠制定法律法规例行检查,但事中监控能力、信息收集、分析和处理能力较弱,事后处罚制度也有待完善。尤其表现在,对金融机构对外交往中的风险性监管方面以及非金融机构的对外投资的债权监管方面实施监控能力较弱。

三 加快立法步伐,进一步完善我国的外汇管理法律制度

由上可知,我国现行的外汇管理法律制度还存在着诸多的缺失与不足,那么,如何进一步完善我国外汇管理法律制度以使其更好地服务于我国的金融国际化进程,已成为摆在我们立法机关和理论学人面前的一项紧迫任务了。而笔者认为,着力于以下四个方面的交融同构,不失为完善我国外汇管理法律制度的有效良策。

(一)健全外汇管理法律法规体系

目前,我国当务之急是通过国家立法机关,制定出一部单行的、总括性的《外汇管理法》,对我国外汇管理可能涉及到的各个方面作出原则性的规定,这些规定的内容应在相当一段时间内保持稳定,以便为我国政府的管汇活动提供总体框架和指导原则。同时,国务院、中国人民银行和国家外汇管理局也应及时制定出《外汇管理法》的实施性法规规章和修订已有的法规规章,以使外汇管理法律体系不断适应其适用对象的变化。此外,由于外汇管理法律法规要真正发挥作用,还取决于相关法律法规的配套和完善,因此,当前立法机关和有关部门也应抓紧配套法律法规的制定,尽快出台《证券法》、《银行审计法》、《外汇银行法》、《外汇交易法》、《外汇市场管理法》、《境外投资法》、《涉外债券法》、《外汇债券法》

等,使外汇管理法律法规在实施过程中所涉及到的其他有关环节都有相应的法律法规加以规范和指导,从而形成相互配合、相互协调的有机整体,共同服务于我国的外汇管理。

(二)完善外汇管理法律法规内容

如前所述,我国现行的外汇管理法律法规内容不甚完备,可操作性也不强。因此,我们应从以下几方面努力改变:一是要拓展外汇监管的覆盖面,通过立法,将保险公司的外汇业务、金融机构经营B股业务、离岸业务、金融衍生工具业务等新兴金融业务也纳入外汇监管的范畴,以堵塞外汇监管的漏洞。二是要明确界定定义条款。我国可借鉴日、韩等国经验,不论是外汇管理的基础性法律,还是实施性的法规规章,都在其开头部分就对其条款所涉及的用语作明确界定,而不管是否与其它法规重复。这样对实施外汇管理法律法规带来了便利,也可防止因定义不明而出现执行上的偏差。三是要增强法律法规的可操作性。主要是加强实施细则和罚则方面的立法。如尽快制定出《进口付汇核销暂行办法实施细则》和《违反进口付汇核销处罚规定》,使进口付汇核销管理有法可依、有章可循。

(三)修订滞后的外汇管理法规,适当增列一些前瞻性的规定

根据实现人民币经常项目下可兑换的要求,我国在1997年内对新中国成立以来以来的1600多件外汇管理方面的法规、规章进行了全面的清理,对其中47个法规的部分条款进行了修订(其中包括国务院1997年1月14日对《外汇管理条例》的局部修订),并重新制定和颁布了8个新法规。这是一个良好的开端,今后,我们还应继续修改或废除不合时宜的外汇管理法规,并为适应我国宏观经济的发展和外汇管理体制改革的需要,在现有的外汇管理法律法规

中增列一些前瞻性的规定。例如:我国应从规避企业外汇风险角度着眼,从立法上明确规定开设外汇风险市场,运用外汇期货、期权、期指等金融衍生工具为企业避险服务。又如,我国对中央银行利用外汇平准基金干预外汇市场的行为,应在已有外汇管理法规中专列条款加以确认和规范,一方面使中央银行的外汇业务范围、职能、权限得以明确,另一方面也使这种业务的运作受到法律的严格监督。再如,在国内企业的结售汇制上,我国应利用当前外汇储备较为充足,国家应付能力较强的机会,对国内企业的进出口结售汇,通过修订立法由现行的部分意愿结售汇过渡到全部意愿结售汇制。

(四)改进对资本项目的外汇管理

首先,要依据国际标准,修订外汇管理法规中的有关概念和项目分类,扩大资本项目管理的涵盖范围,根据不同的金融交易的特点和属性加以区别管理。同时提高统计的质量,随时掌握国际收支信息,加以分析和预测,防范危机。其次,要加强事后处罚的力度和完善事中监控的制度,并将事前的事前审批发展为对被监管主体内部控制制度进行审查的制度。再次,要甄别资本项目交易,防止资本项目交易混同于经常项目交易,逃避管制,并且对资本项目交易涉及的货币兑换、支付和转移加以管理或限制(所谓货币兑换的限制和管理,主要涉及对资本项目结售汇的限制和资本项目外汇账户的管理;而支付和转移的管理和限制,则主要包括对外资外债的事前审批、事中监控和事后处罚管理)。最后,还要进一步修订完善《资本项目外汇收入结汇暂行办法》,加强对资本项目外汇收入结汇的严格管理,特别是要从严掌握国际商业贷款的结汇,并对结汇用途进行跟踪监控,对不按结汇用途使用人民币资金的企业进行查处。

【责任编辑 文晓梅】